

04 / 2017

DIRITTI & LAVORO

FLASH

idee e strumenti per il sindacato



POVERA CITTADINANZA

*Varato il reddito di inclusione.
E il contrasto alla povertà
resta un miraggio*

Correttivo al codice degli appalti: la clausola sociale diventa obbligatoria

Il Tribunale di Firenze sulle discriminazioni sindacali

Trasferimento d'azienda e subentro nell'appalto

L'annullamento del verbale di conciliazione nei licenziamenti collettivi

04

Aprile 2017

04

**Reddito di inclusione sociale
e lotta alla povertà:
realtà o ennesima illusione?**

di Adele Pasquini

06

**La clausola sociale negli appalti
pubblici diventa obbligatoria
(ma resta flessibile)**

di Giovanni Orlandini

08

**Cessazione di appalto
e re-internazionalizzazione
del servizio**

di Andrea Ranfagni

11

**Annullamento del verbale
di conciliazione nei
licenziamenti collettivi**

di Estelle Logeais

14

**Le discriminazioni per
motivi sindacali: lo stato dell'arte**

di Francesca Bassetti

DIRITTI & LAVORO

idee e strumenti per il sindacato

FLASH

A cura di

Centro Studi
"Diritti & Lavoro"

Direttore Scientifico

Prof. Giovanni Orlandini

Comitato Scientifico

Avv. Andrea Danilo Conte
Avv. Fabio Rusconi

In redazione

Giovanni Calvellini
Francesca Bassetti
Livia Irtinni
Estelle Logeais
Adele Pasquini
Andrea Ranfagni

Progetto grafico

Dario D'Ovidio

Contatti

Centro Studi
Diritti & Lavoro
Via della Condotta, 12
50122 - Firenze

web: dirittilavoro.it

email: dirittilavoro@gmail.com

Questo periodico è iscritto al
Reg. Trib. n° 5725 del 07/05/2009

Crediti fotografici

Per le immagini senza crediti
l'editore ha ricercato con ogni
mezzo i titolari dei diritti fotografici
senza riuscire a reperirli.
È ovviamente a completa
disposizione per l'assolvimento di
quanto occorre nei loro confronti.

REDDITO DI INCLUSIONE SOCIALE E LOTTA ALLA POVERTÀ:

realtà o ennesima illusione?

di Adele Pasquini

Con 138 sì, 71 no e 21 astenuti, il Senato ha dato il via libera al disegno di legge delega per il contrasto alla povertà che introduce, tra le altre misure, il reddito di inclusione. Si tratta della Legge n. 33/2017, approvata lo scorso 15 marzo e rubricata appunto 'Delega recante norme relative al contrasto della povertà, al riordino delle prestazioni e al sistema degli interventi e dei servizi sociali'.

Se astrattamente la "soluzione alla povertà" (come chiamata dai media) sembra una novità assai incisiva e rilevante nel nostro ordinamento, il modo con cui l'obiettivo è nei fatti perseguito sconta evidenti limiti che finiscono per renderlo se non un'illusione, certo un risultato lontano dall'essere raggiunto.

ORA IL REIS, PRIMA IL SIA

Il reddito di inclusione, noto come progetto REIS, è per definizione una misura varata per assicurare il sostegno economico in modo progressivo a tutte le famiglie che si trovano al di sotto della soglia di povertà assoluta. Non si tratta di un istituto completamente sconosciuto al sistema normativo italiano, ma, al contrario, andrà a rinnovare e sostituire il cosiddetto SIA, ovvero il Sostegno per l'Inclusione Attiva, introdotto sul piano nazionale già lo scorso 26 maggio. Quest'ultimo beneficio consiste in un aiuto economico riconosciuto a coloro che, rispettate specifiche soglie di reddito (ovvero ISEE inferiore ad Euro 3.000 annui lordi), si trovano a dover affrontare condizioni

economiche disagiate nelle quali sia presente almeno un minore, un figlio disabile o, ancora, una donna in stato di gravidanza accertata.

Nonostante tale strumento sia a regime ormai da qualche mese, i primi risultati registrati sono tutt'altro che soddisfacenti: a causa degli stringenti requisiti di accesso, dei ridotti contributi economici riconosciuti (l'importo massimo è, infatti, di soli 400 Euro per i nuclei familiari con almeno 5 membri) e del necessario coordinamento tra le diverse istituzioni territoriali, il SIA finisce per essere poco utilizzato e per non garantire un supporto concreto ed adeguato alle (fin troppe) famiglie realmente bisognose di aiuto.

Tale considerazione non è di poco conto. Difatti, in attesa che si completi il percorso attuativo della legge delega per il contrasto alla povertà con conseguente introduzione del reddito di inclusione, il SIA rappresenterà, seppur limitatamente ad un numero ristretto di soggetti, una "misura ponte" che ne anticiperà alcuni elementi essenziali. Ma andiamo per gradi.

IL REDDITO DI INCLUSIONE SOCIALE: LE LINEE GUIDA DELLA LEGGE DELEGA

L'assegno di povertà, come già anticipato, rappresenta, così come il SIA, una misura a sostegno del reddito prevista per le famiglie in stato di assoluta difficoltà. Tale nuovo

strumento non consiste in un contributo esclusivamente economico ma in un vero e proprio percorso di inclusione attiva (lavorativa per gli adulti e scolastica per i bambini), accompagnato da un progetto sociale e sanitario previsto per l'intera famiglia. Il tutto secondo quanto stabilito dal decreto attuativo ancora in fase di definizione.

Ebbene, per poter ottenere (e soprattutto mantenere) il beneficio economico in commento, non sarà quindi sufficiente possedere determinati requisiti reddituali ISEE (raddoppiati rispetto al SIA: si parla infatti di una soglia massima di Euro 6.000 annui lordi), ma continuerà ad essere indispensabile la partecipazione a percorsi personalizzati, diretti a superare la situazione di povertà della famiglia, con necessaria tutela e salvaguardia della salute dei ragazzi e dei bambini.

Molti sono quindi i soggetti che dovranno interagire tra loro affinché il progetto possa funzionare: i Comuni, chiamati ad erogare materialmente l'assegno in associazione ad un progetto personalizzato; l'INPS, Ente attuatore del progetto e degli strumenti telematici sia per effettuare la domanda che per lo scambio di flussi dei dati tra i Comuni e, infine (questa è una novità rispetto al passato), il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, chiamato a verificare l'efficacia dell'assegno con l'effettiva integrazione attiva della famiglia.

Il pagamento del bonus continuerà ad essere effettuato tramite una carta prepagata (o il rilascio di un assegno), ricaricata mensilmente dall'amministrazione comunale e direttamente utilizzata dal beneficiario per pagare le bollette e acquistare, presso negozi convenzionati, generi alimentari e / o prodotti farmaceutici.

Gli scaglioni del suddetto bonus non sono ancora stati stabiliti ma rimessi alla definizione del decreto attuativo. Ciò che è certo fin da ora, è che tale importo dovrà continuare ad essere erogato con cadenza mensile e dovrà essere direttamente proporzionato al numero dei componenti del nucleo familiare richiedente, fino ad un massimo di 500 euro (ovvero circa 100 in più rispetto all'odierno SIA).

Orbene, pur non conoscendo i dettagli della misura - rimessi, appunto, all'approvazione di specifici e futuri decreti attuativi - il disegno Poletti "contro la povertà" si presta alle medesime considerazioni e criticità già sollevate in relazione all'attuale SIA. La rigidità dei requisiti di accesso (allentati solo dalla soglia massima del reddito ISEE, pur sempre eccessivamente basso), l'esiguità degli importi riconosciuti e il necessario coordinamento tra i diversi soggetti istituzionali coinvolti (peraltro irrigiditi dalla legge delega approvata), rendono la misura in commento assai residuale e insufficiente a garantire e supportare tutti coloro che oggi vivono in una reale ed effettiva condizione di povertà (si pensi alle famiglie che pur rientrando nei requisiti reddituali previsti, non abbiano figli minorenni, disabili o, ancora, donne conviventi in stato di gravidanza

accertata). Se ciò è vero per coloro che si trovano a dover affrontare situazioni di assoluto disagio economico, è ancor più vero per le famiglie che fanno parte della cosiddetta "povertà relativa", status di difficoltà, quest'ultimo, determinato ed individuato dagli standard di vita prevalenti all'interno di una specifica comunità.

Insomma, parlare di reddito minimo in Italia appare ancora oggi solo un miraggio. Il reddito di inclusione non rappresenta altro che un timido tentativo (indubbiamente di notevole impatto "mediatico") capace di congelare e allontanare ulteriormente il raggiungimento dell'obiettivo principale: combattere strutturalmente la povertà con risultati visibili nel medio e lungo periodo, introducendo strumenti nuovi, reali, ed effettivi; solo così si potrà finalmente parlare di Welfare. ■

FLASH

ANCORA SUL GIUSTIFICATO MOTIVO DI LICENZIAMENTO E SULL'ONERE DI "REPECHAGE"

Con la sentenza della Corte di cassazione n. 9869 del 19 aprile 2017 si consolida l'orientamento (cfr. C. Cass. n. 5592 del 22/03/2016) secondo cui nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo spetta esclusivamente al datore di lavoro dedurre e provare l'impossibilità di "repechage" del lavoratore. Ma non solo. La Suprema Corte con la sentenza qui in commento afferma altresì che, nell'ambito di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, la sola proposta datoriale di assegnare al lavoratore mansioni riconducibili ad un livello professionale inferiore non è idonea a soddisfare l'obbligo di "ripescaggio", dovendo il datore di lavoro anche verificare il possibile reimpiego del dipendente in altre posizioni equivalenti.

Nel caso di specie, i giudici di legittimità hanno accolto il ricorso presentato da un lavoratore a cui era stato intimato un licenziamento per giustificato motivo oggettivo in seguito alla soppressione della propria posizione lavorativa ed al quale la società aveva proposto un incarico riconducibile ad un inquadramento inferiore rispetto a quello precedentemente svolto, senza preventivamente verificare la possibilità di reimpiegare in mansioni equivalenti a quelle da ultimo svolte. Il lavoratore aveva impugnato il licenziamento, lamentando proprio che il datore di lavoro non avesse provato l'inesistenza in azienda di mansioni equivalenti a quelle soppresse.

La Corte ha affermato che il "repechage" deve essere eseguito in relazione alla professionalità acquisita e, quindi, utilizzato per ricollocare il dipendente in una posizione di pari prestigio rispetto a quella rivestita in passato con mansioni che siano compatibili con la sua formazione. Solo nel caso in cui non sia possibile il ricollocamento del dipendente in esubero a mansioni equivalenti, il datore di lavoro può legittimamente adibire il lavoratore in mansioni di livello inferiore.

L'onere di dimostrare quanto detto grava sul datore di lavoro, il quale, in ragione del principio di vicinanza della prova, deve "dimostrare la mancanza di possibilità di reimpiego del lavoratore in posizioni dal contenuto equivalente a quella soppressa in termini di professionalità acquisita. In attuazione di tale principio non può essere ritenuta sufficiente di per sé sola, ai fini dell'integrale adempimento degli obblighi di repechage, la proposta di assegnazione del lavoratore a mansioni di livello professionale inferiore".

Pertanto, al dipendente che intende contestare il licenziamento non compete indicare esattamente l'esistenza di posizioni alternative in cui poter essere utilmente reimpiegato, essendo sufficiente una generica allegazione sul punto.

La clausola sociale negli appalti pubblici diventa obbligatoria (ma resta flessibile)

di Giovanni Orlandini



Con una minima modifica dell'art. 50 del d.lgs. 50/2016, il decreto correttivo del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56) rende obbligatoria per le stazioni appaltanti l'adozione di clausole volte a garantire la stabilità dell'occupazione in caso di successione nell'appalto. Se infatti nella versione originaria della norma si leggeva che "i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti possono inserire specifiche clausole sociali...", la nuova formulazione recita che gli atti di gara "inseriscono" tali clausole, trasformando così un potere in un obbligo.

La novità è di evidente rilievo, eliminando ogni discrezionalità da parte delle stazioni appaltanti nel vincolare gli affidatari subentranti all'obbligo di riassumere i lavoratori già impiegati dall'impresa uscente. Tuttavia restano gli elementi di incertezza (già evidenziati nel Bollettino n. 4/2016) in merito all'applicazione delle clausole sociali, che dipendono sia dalla formulazione dell'art. 50 (nella sua parte non modificata) sia dai recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa in materia.

Sotto il primo profilo, sarebbe stato opportuno far chiarezza in particolare su un elemento di ambiguità che già caratterizza la norma nella sua versione originaria, e che viene adesso

amplificato dalla configurazione della clausola sociale come obbligatoria. Tale obbligo resta infatti associato in via privilegiata agli appalti "ad alta intensità di manodopera", ovvero "nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto". Ma se un simile riferimento poteva avere un senso a fronte di un potere discrezionale di prevedere la clausola da parte della stazione appaltante, non si vede in che modo possa interpretarsi nel momento in cui su questa viene posto un obbligo di inserire detta clausola negli atti di gara. Il rischio è di leggere la norma nel modo suggerito dal governo nella relazione di accompagnamento al correttivo, dove la clausola di stabilità è associata soltanto (e non "preferibilmente") agli appalti ad alta intensità di manodopera.

Nulla cambia poi in merito al modo con cui tale obbligo possa essere configurato per non incappare nelle censure dei giudici amministrativi, orientati a non ammettere una sua rigida applicazione. La giurisprudenza maggioritaria considera infatti lesivo della libertà d'impresa (cioè contrario all'art. 41 Cost.) un obbligo che imponga l'automatica riassunzione dell'intero personale impiegato dall'impresa uscente, senza tener conto dell'eventuale diversa organizzazione d'impresa adottata

da quella subentrante. In altre parole, se quest'ultima è in grado di fornire l'attività oggetto dell'appalto impiegando un minor numero di lavoratori, ciò non può precluderle la possibilità di non riassumere i lavoratori considerati eccedenti, disapplicando (almeno parzialmente) la clausola sociale.

Come detto si tratta di un principio ormai in via di consolidamento nella giurisprudenza amministrativa in vigore del vecchio codice dei contratti (d.lgs. 163/06), e recentemente confermato dai giudici dal TAR Toscana (sentenza n.231 del 13.2.2017) e dal TAR Calabria-sez. Reggio Calabria (sentenza n. 209 del 15.3.2017) anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice. Quest'ultimo richiama proprio le parole del giudice toscano per ribadire che "la clausola non comporta alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria". Sulla scia di quanto affermato più volte dal Consiglio di Stato, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti, la clausola sociale può comportare quindi soltanto "un obbligo di assumere prioritariamente gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente,

a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante" mentre "i lavoratori, che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali" (da ultimo, Consiglio di Stato 5.5.2017, n. 2078). Da ciò consegue che una clausola sociale configurata in termini rigidi ed inderogabili dagli atti di gara (direttamente o per mezzo di rinvio a quanto eventualmente previsto dal CCNL) è destinata comunque ad essere in parte disapplicata in presenza di un'offerta che prospetti lo svolgimento dell'attività oggetto dell'appalto con un minor impiego di personale.

Considerando questi principi ormai consolidati, permangono (limitati) margini di dubbio soltanto in merito alla possibilità di intendere comunque gravante sull'impresa subentrante l'obbligo di riassunzione dell'intero personale precedentemente impiegato, fatta comunque salva la possibilità di non utilizzarlo nell'appalto ed, eventualmente, dichiararlo in esubero qualora non risulti altrimenti riassorbibile nell'organigramma aziendale. Ciò, almeno, è quanto è possibile ricavare da una recente sentenza del Consiglio di Stato nella quale i giudici amministrativi sembrano addossare in capo all'impresa subentrante (e non all'impresa uscente) l'onere di ricollocazione (sentenza n. 2433/2016).

Il correttivo modifica anche l'art. 95 del codice dei contratti, nel quale viene espressamente previsto l'obbligo dell'operatore di indicare nell'offerta economica il costo complessivo del lavoro, e non già i soli oneri connessi con l'adempimento degli obblighi in materia di salute e sicurezza (come previsto nella norma originaria). L'obbligo di quantificare il costo del lavoro basandosi sulle tabelle ministeriali è posto anche a carico delle stazioni appaltanti dal nuovo comma 16 dell'art.23; ciò ai fini della determinazione dell'importo

a base d'asta, mentre dal costo dell'importo assoggettato al ribasso vanno scorporati i (soli) costi della sicurezza. Si tratta di una disposizione che ricalca quella già presente nel precedente codice (e eliminata nel nuovo, anche per adeguarsi alle osservazioni critiche dell'ANAC e della giurisprudenza), riformulata però in termini meno rigidi. In base al codice del 2006 infatti, spettava alla stazione appaltante determinare il prezzo più basso al netto sia dei costi per la sicurezza, che del costo del personale, calcolato sulla base della retribuzione fissata dai contratti collettivi nazionali e dalla contrattazione integrativa (art. 82, comma 3-bis, d.lgs. 163/06).

Gli obblighi relativi alla definizione del costo del lavoro sono connessi con l'altra tipologia di clausola sociale formulata nell'art. 30, in base al quale l'impresa affidataria è tenuta all'applicazione del contratto collettivo nazionale e territoriale firmato dalle associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; un obbligo che il correttivo estende esplicitamente a tutti i lavoratori impiegati nelle attività oggetto dell'appalto ("lavori, servizi e forniture"), chiarendo un'ambiguità presente nella precedente versione della norma.

Le novità del correttivo non sembrano però prospettare alcun cambiamento sul modo con cui (di nuovo) i giudici amministrativi intendono le prescrizioni in merito al costo del lavoro ed alla scelta del CCNL da applicare ai lavoratori impiegati nell'appalto. Anche in questo caso è consolidato l'orientamento per il quale da una parte i valori individuati nelle tabelle ministeriali "non rappresentano un limite inderogabile per gli operatori economici partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici, ma solo un parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che lo scostamento da esse, specie se di lieve entità, non legittima di per sé un giudizio di anomalia" (da ultimo, Consiglio di Stato n. 501/2017); dall'altra, è inammissibile l'imposizione da parte della stazione appaltante del rispetto di uno specifico CCNL, essendo l'affidatario libero di applicare

qualsiasi CCNL compatibile con l'attività oggetto dell'appalto (da ultimo, Consiglio di Stato n. 975/2017), purché firmato da organizzazioni rappresentative (Consiglio di Stato n. 4699/2015, commentata nel Bollettino n. 9/2015).

Il quadro delle regole relative ai diritti dei lavoratori nell'ambito degli appalti sembra in conclusione relativamente impermeabile alle modifiche operate dal legislatore, essendo queste soggette ad un'interpretazione adeguatrice tesa a renderle compatibili con i principi dell'ordinamento posti a garanzia della libertà d'impresa. D'altra parte non si può ignorare che questi principi, prima ancora che dall'art. 41 Cost, si ricavano dalle sovraordinate norme scritte nel Trattato sul Funzionamento dell'UE, sul cui rispetto vigila la Corte di giustizia. Qualsiasi riformulazione delle clausole sociali che miri a rafforzarne l'effettività presuppone quindi un cambiamento se non del testo delle fonti primarie di diritto dell'UE, certo del modo con cui queste sono interpretate dai giudici di Lussemburgo. ■

CESSAZIONE DI APPALTO E RE-INTERNALIZZAZIONE DEL SERVIZIO:

*chi è stato licenziato
ha diritto ad essere riassunto
in base all'art. 2112 c.c.*

di Andrea Ranfagni

Con la Sentenza n. 6770 del 15 marzo 2017, la Corte di Cassazione è tornata a pronunciarsi sulla tematica del trasferimento d'azienda ex art. 2112 cc.

Nella decisione in commento, in particolare, ci si è occupati della possibilità di configurare detta fattispecie giuridica, con tutte le conseguenze che ciò comporta in punto di diritti dei lavoratori, nel caso in cui un'azienda abbia dapprima esternalizzato un servizio mediante contratto di appalto e, successivamente, abbia cessato detto contratto riassorbendo il servizio stesso.

La soluzione offerta dalla Suprema Corte ammette tale possibilità è quindi positiva per i lavoratori ed. Essa si pone così in linea con una tendenza espansiva nell'interpretare ed applicare l'art. 2112 cc, cioè la nozione di trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda ivi contenuta. E ciò grazie anche alla consistente elaborazione giurisprudenziale presente presso la Corte di Giustizia UE.

Il caso esaminato dalla Corte di Cassazione

Il caso su cui è arrivata a pronunciarsi la Corte di Cassazione è stato quello di un dipendente di una ditta appaltatrice di una società di alberghi.

Nello specifico, quest'ultima aveva deciso di affidare ad una società esterna l'appalto per la fornitura di servizi operativi per il centro fitness e benessere presente all'interno di uno dei suoi alberghi e fino a quel momento gestito direttamente dalla stessa società.

Uno dei dipendenti della ditta appaltatrice, prima della cessazione del contratto di appalto, era stato licenziato illegittimamente ed aveva così ottenuto una sentenza di reintegra dal Tribunale di Roma. Essendo la sentenza intervenuta dopo la scadenza del contratto di appalto ed avendo la società di alberghi reinternalizzato il servizio, il lavoratore si era rivolto a quest'ultima per ottenere la reintegra direttamente alle sue dipendenze. Tutto ciò, sul presupposto dell'esistenza di un trasferimento d'azienda ex art. 2112 cc, nella reinternalizzazione del servizio, appunto, operata.

A fondamento di ciò, in particolare, il lavoratore narrava come il trasferimento d'azienda si fosse realizzato nel momento della cessazione dell'appalto di servizi, allorché l'attività era stata nuovamente internalizzata, con passaggio alla gestione diretta della società d'alberghi di quasi tutti i dipendenti, dei locali, delle attrezzature e dell'organizzazione complessiva del centro fitness.

Tutti elementi, questi ultimi, che avrebbero configurato il passaggio da un

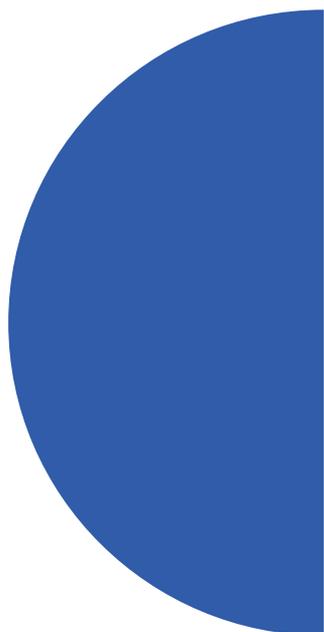
soggetto ad un altro di un'entità autonoma ed organizzata preesistente al passaggio stesso.

Dal canto suo, la società d'alberghi eccepiva come non si potesse parlare di trasferimento d'azienda in quanto essa non aveva mai provveduto a trasferire la gestione del centro ad un soggetto terzo ed aveva provveduto ad un mero appalto di servizi, contratto con il quale non si dismetterebbe un segmento produttivo ma ci si avvale dei prodotti e dei servizi che necessitano attraverso la fornitura da una impresa terza. Inoltre, essendosi appurata la sussistenza di un appalto genuino per l'esecuzione delle attività all'interno del centro benessere, doveva escludersi che con la cessazione dell'appalto si fosse verificata una "retrocessione del ramo d'azienda", ai sensi dell'art. 2112 cc.

Proprio sulla base di tali considerazioni, la Corte d'Appello di Roma aveva rigettato l'appello proposto dal lavoratore, dopo che il medesimo aveva già in primo grado perso la causa. Di qui il suo ricorso in Cassazione.

La decisione della Cassazione

Con la decisione del marzo scorso, la Corte di Cassazione ha accolto il ricorso del lavoratore, cassando così la sentenza della Corte d'Appello



di Roma impugnata, nella parte in cui, nell'escludere il trasferimento d'azienda, si era arrestata al dato formale dell'esistenza di un contratto di appalto di servizi, ritenuto, evidentemente, incompatibile con la fattispecie di cui all'art. 2112 cc.

Nel fare ciò, la Suprema Corte ha richiamato il suo oramai costante orientamento giurisprudenziale secondo il quale il trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda è configurabile anche in ipotesi di successione nell'appalto di un servizio, intendendosi per tale quello in cui un soggetto subentra ad un altro in un contratto di appalto intercorrente con un terzo, anche prescindendo da un legame formale e contrattuale tra i due soggetti protagonisti della successione (si richiamano in tal senso le Sentenze n. 11918/2013, 8460/2011, 21278/2010, 5708/2009, 21023/2007, n. 493/2005, 8054/2004, 13949/2003)

Ovviamente, non è proprio questo il caso su cui si è pronunciata la Corte di Cassazione, ma lo stesso è stato ritenuto emblematico dagli Ermellini per ritenere assimilabile anche la diversa fattispecie in cui alla cessazione dell'appalto, il servizio torni in gestione diretta all'imprenditore già committente.

D'altra parte, la Corte di Cassazione aveva già avuto modo di esaminare fattispecie analoghe di "retrocessione d'azienda", seppur con riferimento a casi diversi dalla scadenza di un appalto, come la cessazione di un contratto di affitto (si veda in tal senso Sentenza n. 4423/2016).

Considerando i due orientamenti, si è così giunti a ritenere applicabile l'art. 2112 cc anche a casi di retrocessione d'azienda per effetto di scadenza di un appalto e conseguente nuova internalizzazione del servizio.

Ciò che conta, infatti, ad avviso della Corte di Cassazione, non è tanto il tipo di legame (contrattuale o meno) che lega due aziende, bensì che, in concreto, si sia assistito al passaggio di un'entità autonoma ed organizzata da un soggetto ad un altro, preesistente allo stesso passaggio.

Ed è così che è stato ritenuto emblematico, nel decidere il caso, l'orientamento espresso con riferimento ai casi di subentro nell'appalto.

Nell'argomentare la propria decisione, poi, la Corte di Cassazione ha avuto modo di richiamare la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (prima fra tutte, al Sentenza del 9 settembre 2016 sul caso Joao Filipe Ferreira da Silva e Brito più altri). Dobbiamo infatti rammentare come la nozione di trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda e le garanzie riconosciute ai lavoratori in tali casi, sono già oggetto di disciplina a livello comunitario. Il Giudice italiano, quindi, deve fare necessariamente i conti con l'interpretazione che di tale disciplina è stata data negli anni dal Giudice europeo.

Proprio richiamando tale giurisprudenza comunitaria, poi, la Cassazione ha affermato che, per valutare la sussistenza di un trasferimento d'azienda, non esistono indici presuntivi da utilizzare in senso assoluto, per qualsiasi fattispecie.

L'importanza da attribuire ai vari criteri, infatti, varia a seconda del tipo di attività economica esercitata dalle due imprese o dai metodi di produzione o di gestione utilizzati nell'impresa, nello stabilimento o nella parte di stabilimento di cui trattasi.

Proprio presupponendo ciò e facendo riferimento al trasferimento dei mezzi di produzione, la Suprema Corte ha ritenuto utile rammentare come il Giudice comunitario abbia affermato che l'accertamento dell'avvenuto trasferimento non è subordinato al trasferimento della proprietà degli elementi materiali e, quanto al trasferimento di personale, nei settori in cui un'attività si fonda essenzialmente sulla mano d'opera, un gruppo di lavoratori - costituente parte essenziale, in termini di numero e di lavoratori, del personale specificatamente destinato dal predecessore alla attività - può corrispondere ad un'entità economica, quindi il suo passaggio integrare il trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda.

E' quindi l'ampia interpretazione ed applicazione della nozione di trasferimento d'azienda data dai giudici nazionali e comunitari nel corso degli anni che ha portato la Corte di Cassazione a ritenere sussistente il trasferimento d'azienda nei casi di nuova internalizzazione del servizio a seguito di cessazione di appalto.

Tra l'altro, il richiamo al caso del mero passaggio di manodopera, oltre che al fenomeno della successione/subentro negli appalti, ci consente di ricordare le possibilità che, proprio grazie al richiamo all'art. 2112 cc, i lavoratori hanno a disposizione per far valere i propri diritti in tale casistica, costituente, come

FLASH

CONTRATTI A TERMINE SOMMINISTRATI ANTE COLLEGATO LAVORO: SI APPLICA LA DECADENZA

Ormai da tempo all'interno della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione si è sviluppato un contrasto in merito all'applicabilità del doppio termine di decadenza per l'impugnazione del licenziamento (60 giorni per l'impugnazione stragiudiziale e 180 giorni per depositare il ricorso avanti al Tribunale) anche all'impugnazione dei contratti a termine in somministrazione scaduti alla data di entrata in vigore dell'art. 32, comma 4, L. n. 183/2010 (c.d. Collegato Lavoro): c'è, infatti, chi ritiene che il doppio termine di decadenza si applichi anche ai contratti di somministrazione scaduti alla data di entrata in vigore della legge predetta, cioè al 24/11/2010 (cfr. C. Cass. n. 2420/2016) e chi invece limita il regime di decadenza introdotto dall'art. 32 predetto ai soli contratti a termine in somministrazione in corso alla data di cui sopra e non anche a quelli già scaduti a tale data (cfr. C. Cass. ord. N. 2462/2016).

A sostegno del primo orientamento è andata ad aggiungersi la recente sentenza della Corte di Cassazione del 31 marzo 2017, n. 8461, la quale ha stabilito che la decadenza introdotta dal c.d. Collegato Lavoro, e conseguente proroga di cui al comma 1-bis del medesimo articolo (introdotto con il c.d. Decreto Milleproroghe) si applica anche ai contratti a termine in somministrazione scaduti prima del 24/11/2010, data di entrata in vigore della legge.

Afferma, infatti, la Corte: "la previsione di un regime di decadenza in sostituzione dell'imprescrittibilità dell'azione di nullità del termine apposto al contratto di somministrazione ha inciso su una situazione in fieri che non si era ancora consumata e pertanto la novella non incide sul fatto generatore, ovvero sul contratto di somministrazione asseritamente illegittimo e sui suoi effetti sostanziali, ma sul diverso procedimento impugnatorio, ancora in corso".

In considerazione del contrasto che ancora si pone in materia sarebbe auspicabile che questo venga rapidamente risolto, eventualmente anche con l'intervento delle Sezioni Unite della Corte stessa.

noto, un fenomeno frequente nel nostro mercato del lavoro e fonte di precarietà lavorativa. E ciò non solo per rientrare a lavorare nei casi, come quello esaminato dalla Cassazione nella sentenza in commento, qualora si venga licenziati prima della successione e si ottenga il reintegro quando questa si è già realizzata, ma, in generale, per conservare una serie di tutele e di diritti esistenti nel rapporto instaurato con l'azienda uscente dall'appalto, la quale, come avviene nella maggior parte dei casi, licenzia il personale, che poi viene riassunto dalla nuova azienda. Si pensi, ad esempio, al mantenimento dell'applicazione dell'art. 18, SL, quindi l'esclusione del contratto a tutele crescenti.

La strada del richiamo all'art. 2112 cc, quindi della configurazione di un trasferimento d'azienda, è ormai, anche alla luce della Sentenza oggi in commento, più che percorribile per la tutela di situazioni come quelle da ultimo ricordate.

Occorre infine ricordare, sempre sotto il profilo in analisi, che ottimi spunti provengono anche da recenti interventi normativi, come l'art. 30, comma 1, l. n. 122/2016, il quale, modificando l'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, ha aggiunto il principio per cui l'acquisizione di personale già impiegato in un appalto da parte di un nuovo soggetto appaltatore non costituisce trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda "ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa" (in virgolettato la frase aggiunta nel 2016).

Dal tenore che assume adesso la norma sembrerebbe possibile dedurre che in caso di cambio di appalto la regola sia che il passaggio di personale costituisce trasferimento d'azienda, salvo che non siano ravvisabili elementi di discontinuità che determinano una specifica identità d'impresa - intesa, appunto, come soggetto autonomamente organizzato - diversa da quella esistente prima del subentro nell'appalto.

Un'interpretazione, quest'ultima, che potrebbe ulteriormente facilitare le azioni prima ricordate.

Un ulteriore vantaggio, infine, potrebbe derivare anche dal nuovo Codice degli appalti (d.lgs. n. 50/2016), dove, all'art. 50, secondo periodo, si afferma che "I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto". Si fornisce così una nozione di servizi labour intensive, che, come noto, sono quelli nei quali maggiormente viene realizzato un subentro tra aziende nell'appalto (si pensi, ad esempio, agli appalti di pulizie). ■

ANNULLAMENTO DEL VERBALE DI CONCILIAZIONE NEI LICENZIAMENTI COLLETTIVI:

*per la Cassazione anche il silenzio
del datore può configurare un raggirò*

di Estelle Logeais

Con sentenza n. 8260 del 30 marzo 2017, la Corte Suprema ha affermato l'annullabilità del verbale di conciliazione firmato in sede sindacale, qualora siano state nascoste dal datore di lavoro alcune circostanze, che hanno indotto il lavoratore a sottoscrivere tale verbale.

Il caso di specie

Nella fattispecie, un'azienda aveva aperto una procedura di licenziamento collettivo conclusa con un accordo sindacale tramite il quale, i lavoratori firmatari rinunciavano ad impugnare il licenziamento ed a qualsiasi diritto connesso al rapporto di lavoro. Tra i dipendenti firmatari vi era un lavoratore la cui posizione era stata dichiarata in esubero, il quale si accorgeva successivamente che la società aveva assunto una nuova risorsa destinata a svolgere le mansioni da lui ricoperte prima del licenziamento.

Pertanto, il lavoratore aveva chiesto l'annullamento del verbale dinanzi al Giudice del lavoro, sostenendo che il suo consenso fosse stato viziato dal dolo del datore di lavoro che avrebbe tenuto nascosta la sua intenzione di assumere un altro lavoratore nella stessa posizione.

I Giudici di primo e di secondo grado hanno rigettato il ricorso del lavoratore in quanto non hanno riconosciuto la sussistenza di raggiri da parte della società datrice durante la firma del verbale né che il verbale era stato sottoscritto per "errore incolpevole", considerata la genericità del criterio di scelta per la selezione dei dipendenti da licenziare.

La decisione della Corte Suprema

Gli Ermellini hanno accolto il ricorso del lavoratore, affermando che la Corte d'Appello ha compiuto un errore di diritto. Invero, i Giudici di secondo grado non avevano ritenuto che la condotta realizzata dalla società avesse effettivamente realizzato un raggiro a carico del lavoratore, mentre per la Cassazione anche una condotta di silenzio malizioso è idonea ad integrare raggiro.

Per sostenere tale affermazione, la Corte suprema si riferisce all'ordinamento penale, affermando come "un tale silenzio, serbato su circostanze rilevanti ai fini della valutazione delle reciproche prestazioni da parte di colui che abbia il dovere di farle conoscere costituisce" "elemento del raggiro, idoneo ad influire sulla volontà negoziale del soggetto passivo" (Cass. Pen. 18.06.2015 n.28791).

La Corte di Cassazione attua un ragionamento per analogia, affermando che "nel contratto di lavoro, il silenzio serbato di una delle parti in ordine a situazioni di interesse della controparte e la reticenza, qualora l'inerzia della parte si inserisca in un complesso comportamento adeguatamente preordinato, con malizia o astuzia, a realizzare l'inganno perseguito determinando l'errore del deceptus, integrano gli estremi del dolo omissivo rilevante ai sensi dell'articolo 1439 del Codice Civile". E, per queste ragioni, la Corte di Cassazione cassa la sentenza di secondo grado.

Annullabilità del contratto per vizio di consenso

La sentenza in oggetto afferma che una condotta di silenzio malizioso può costituire raggiro. Quest'ultimo è un elemento costitutivo del dolo ex articolo 1439 del Codice Civile, che si iscrive tra i vizi di consenso che rende annullabile tutti i tipi di contratti, come la transazione. Per dolo, si intende ogni artificio o raggiro con il quale un soggetto induce un altro in errore, determinandolo a concludere un contratto che altrimenti non avrebbe concluso o che avrebbe concluso a condizioni diverse.

Il dolo può, quindi, consistere anche nell'omissione di informazioni, ovvero nella reticenza di una parte che tace circostanze che avrebbero potuto indurre la controparte a non firmare il contratto. Tale mancata informazione integra gli estremi del dolo omissivo qualora siano riuniti vari elementi, confermati dalla sentenza che si commenta. Innanzitutto, deve esserci l'esistenza di un obbligo di rivelare determinate circostanze. Tale obbligo discende dai doveri di correttezza (ex articolo 1175 Codice Civile) e di buona fede (ex articolo 1375 Codice Civile), pertanto il contratto sarà annullabile soltanto se la buona fede imponga di fornire le informazioni nascoste da una delle parti. Inoltre, la Giurisprudenza costante stabilisce che il dolo deve essere l'espressione di una condotta maliziosa e finalizzata a realizzare l'inganno, non bastando il semplice silenzio.

Infine, la condotta deve essere oggettivamente in grado di trarre in inganno una persona di normale diligenza e buon senso.

La valutazione del raggiro

La Corte Suprema precisa che nelle ipotesi di dolo, "gli artifici o i raggiri, così come la reticenza o il silenzio, debbano essere valutati in relazione alle particolari circostanze di fatto e alle qualità e condizioni soggettive dell'altra parte, onde stabilirne l'idoneità a sorprendere una persona di normale diligenza, non potendo l'affidamento ricevere tutela giuridica se fondato sulla negligenza".

L'accertamento deve quindi essere concreto ed eseguito caso per caso in quanto, laddove il lavoratore abbia assunto un comportamento negligente, non potrà ottenere una tutela giuridica.

Per tale motivo, sarà la Corte di Appello a dover valutare in concreto se l'assunzione immediatamente successiva alla firma del verbale di conciliazione, per una posizione dichiarata in esubero durante la procedura di licenziamento collettivo, possa costituire un'ipotesi di dolo omissivo. Nel caso di specie, si tratterà di un dolo determinante in quanto, il lavoratore ingannato non avrebbe firmato il verbale di conciliazione senza il raggiro del datore di lavoro.

Discrezionalità dei Giudici nella valutazione del dolo

Gli Ermellini rinviando alla Corte di d'Appello il dovere di determinare se sussistano o meno i presupposti del dolo omissivo, sulla base dei principi da loro affermati. I Giudici, quindi, si vedono conferire una grande discrezionalità nel determinare le circostanze concrete che possano costituire dolo omissivo, con il rischio di una eventuale disparità nelle sentenze.

D'altro lato, una valutazione concreta dei singoli casi e il conseguente esame delle condizioni in cui è stato firmato il verbale può permettere ai Giudici di proteggere al meglio il lavoratore dagli eventuali inganni del datore di lavoro, adattandosi a ciascuna particolare situazione.

Ciononostante, i presupposti necessari per caratterizzare il dolo omissivo sono numerosi e per proteggere il lavoratore, si potrebbe pensare ad un modello di annullamento pari a quello vigente per il contratto di assicurazione ex articolo 1892 Codice Civile. Infatti, in tal caso, la norma impone un particolare onere di informazione per cui è sufficiente accertare il silenzio doloso o colposo del contraente per ottenere l'annullamento del contratto.

Va aggiunto che, con il riconoscimento di un motivo supplementare di annullamento del verbale di conciliazione, si può temere che alcune aziende rinuncino a detti verbali per paura di vederli successivamente contestati e annullati. Tale circostanza costituirebbe uno svantaggio per i lavoratori, per i quali la firma di un verbale di conciliazione può permettere di evitare la via giudiziale, riducendo così i tempi della risoluzione del contratto di lavoro. ■

FLASH

CONTRATTO DI LAVORO A TUTELE CRESCENTI E NULLITÀ DEL PATTO DI PROVA

Qual è il regime di tutela applicabile ad un licenziamento per mancato superamento del periodo di prova, a fronte di un patto di prova nullo, per coloro che sono assunti con contratto a tutele crescenti?

La risposta è stata di recente fornita dal Tribunale di Milano con sentenza n. 730 dell'8/4/2017. Nel caso di specie, ad una lavoratrice veniva comunicato il recesso per mancato superamento del periodo di prova e la dipendente adiva il Tribunale per chiedere che venisse dichiarata la nullità del patto di prova per difetto di specifica indicazione delle mansioni che ne costituivano l'oggetto, con conseguente illegittimità del licenziamento che ne è seguito. Il Tribunale ha ritenuto che il patto di prova apposto ad un contratto di lavoro debba avere forma scritta e contenere le specifiche mansioni che dovranno essere svolte dal lavoratore. Qualora il patto di prova sia privo di questo specifico contenuto, esso sarà nullo.

Si è posto, tuttavia, il problema delle conseguenze sanzionatorie di tale nullità. A seguito dell'entrata in vigore della L. n. 92/2012 (c.d. Legge Fornero), è orientamento piuttosto consolidato quello che afferma l'applicabilità a tale fattispecie della tutela reintegratoria attenuata di cui all'art. 18, comma 4, SL (cfr. C. Cass. n. 16214 del 3/8/2016), mentre si registrano ancora poche pronunce per i lavoratori assunti successivamente al 7/3/2015 ai quali si applica il D. Lgs. N. 23/2015.

Il Tribunale di Milano, con la sentenza qui in commento, ha ritenuto che il licenziamento intimato per asserito esito negativo della prova sull'erroneo presupposto della validità della relativa clausola, non rientra tra le ipotesi di recesso ad nutum di cui all'art. 2096 c.c., bensì "consiste in un ordinario licenziamento soggetto alla verifica giudiziale della sussistenza o meno della giusta causa o giustificato motivo".

Secondo il Giudice di merito, quindi, il recesso intimato in presenza di patto di prova nullo deve essere ritenuto non a sua volta nullo, bensì sottoposto alla disciplina ordinaria dei licenziamenti.

Afferma il Tribunale: "escluso che nel caso in esame, possa discutersi di mero vizio formale di difetto di motivazione (art. 4 D. Lgs. 23/2015), posto che una motivazione, sia pur fallace, è stata esplicitata dal datore di lavoro nell'atto di recesso, non si ritiene nemmeno applicabile la tutela prevista per l'insussistenza del fatto materiale contestato (art. 3, comma 2, D.Lgs. 23/2015), posto che, alla stregua del tenore letterale della norma, essa è applicabile ai soli licenziamenti di natura disciplinare, mentre il mancato superamento della prova di per sé non integra né presuppone necessariamente una condotta disciplinariamente rilevante". Deve quindi ritenersi che, in presenza di patto di prova nullo, il recesso motivato con riferimento al mancato superamento della prova sia da ritenere (meramente) ingiustificato, perché intimato fuori dall'area della libera recedibilità, trovando, quindi, applicazione la disposizione di cui all'art. 3, comma 1, D. Lgs. 23/2015, che disciplina le ipotesi di licenziamento intimato in assenza di giusta causa o giustificato motivo oggettivo o soggettivo.

Questa sentenza si pone, però, in contrasto con quanto statuito sul tema dal Tribunale di Torino con sentenza del 16 settembre 2016, il quale aveva invece stabilito che il licenziamento per mancato superamento del patto di prova con accertata nullità del patto stesso deve essere sanzionato con la reintegra del lavoratore in quanto riconducibile ad un licenziamento per insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore ai sensi dell'art. 3 comma 2 D. Lgs. 23/2015.

LE DISCRIMINAZIONI PER MOTIVI SINDACALI:

lo stato dell'arte

di Francesca Bassetti

Con la sentenza n.261 del 14 marzo 2017 il Tribunale di Firenze ha riconosciuto la nullità di un licenziamento perché discriminatorio per ragioni sindacali. La ricorrente, rappresentante sindacale, era stata licenziata per una ragione organizzativa, ma, oltre a lamentarne l'inesistenza, aveva anche chiesto al Tribunale di accertare la natura discriminatoria del recesso subito. Ritenuta inesistente la ragione organizzativa, non provata dal datore, il Tribunale ha accolto la domanda sulla base di un serie di fatti ritenuti idonei a dimostrare l'ostilità dell'azienda: il rifiuto della richiesta di permessi per allattamento, poi riconosciuti solo in parte dopo l'intervento del sindacato; l'assegnazione, al rientro dalla maternità, a mansioni peggiori di quelle già svolte; un attacco verbale da parte di alcuni dirigenti aziendali, pur avvenuto senza che fosse fatto il nome della dipendente, per un'attività compiuta anche quale rappresentante sindacale.

Questa importante sentenza di merito tocca un tema di estrema rilevanza e attualità e fornisce alcuni spunti per il suo approfondimento. I divieti di discriminazione, almeno nell'ultimo decennio, stanno infatti acquisendo importanza crescente per la tutela del lavoratore in moltissimi aspetti del rapporto. Ciò non deriva tanto dalla riscoperta dei diritti fondamentali del singolo o della loro traduzione nei precetti costituzionali (in primis, gli artt. 3 e 2 della Cost.) e sovranazionali, che da molto più tempo si impongono al legislatore, ma piuttosto dai cambiamenti che il diritto del lavoro sta subendo. I fattori che hanno catalizzato questa evoluzione sono essenzialmente da ricercare nella diminuzione e/o nell'arretramento della soglia di tutela imposta dalle norme inderogabili che stabiliscono e presidiano i diritti dei prestatori di lavoro. Ciò è evidentissimo, ad esempio, nei casi di licenziamento, dove cresce la richiesta di valutazione di profili antidiscriminatori, posta la tutela maggiore accordata contro il licenziamento nullo perché discriminatorio (tutela reintegratoria piena, come nella formulazione art. 18 L.300/70 precedente alla l. 92/12) rispetto alle altre ipotesi di illegittimità. Ma non si può dubitare del fatto che l'attenzione per la fattispecie discriminatoria potrà essere stimolata anche, ancora ad esempio, dalla modifica dell'art. 2103 cc in materia di assegnazione delle mansioni, operata da ultimo d.lgs. 81/2015 nell'ambito del c.d. Jobs Act.

La protezione dalla discriminazione sindacale possiede alcune proprie caratteristiche peculiari.

Se è innegabile che i lavoratori sono tenuti ad uniformarsi alle regole dell'azienda ed a rispettare le direttive che ricevono (dovere insito nel concetto di subordinazione, esplicitato nel dovere di diligenza, art. 2104 cc c. 2), è però vero che i lavoratori non sono tenuti a condividere le scelte e direttive aziendali, dalle quali, pur eseguendole, possono

dissentire. Essi, insomma, non devono condividere i principi filosofici o organizzativi sui quali il datore di lavoro decide legittimamente di basare la propria azione economica.

I primi divieti di discriminazione introdotti nell'ordinamento italiano, prima della parità di genere, riguardano proprio la libertà in senso lato di opinione del lavoratore ed attengono a tre fattori di discriminazione vietati, tutti ad essa riconducibili: religiosa, politica, sindacale. Si tratta di "opinioni", in base alle quali l'articolo 15 dello statuto dei lavoratori dispone, sin dal 1970, che non possano essere applicati trattamenti meno favorevoli, o meglio arrecati pregiudizi, in fase assuntiva o durante il rapporto, incluso il licenziamento.

In particolare, la dialettica sindacale - quella che riguarda le condizioni di lavoro ed il trattamento di chi presta opera - si basa sul conflitto, su un conflitto che il datore di lavoro deve consentire, senza ricadute sul singolo rapporto di lavoro del dipendente che vi partecipa, e persino agevolare, si pensi ai permessi sindacali o al diritto di riunione.

Sin dall'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori la libertà sindacale è stata presidiata con più efficacia o comunque maggiore frequenza, piuttosto che dal divieto di discriminazione, dall'art. 28 dello Statuto dei Lavoratori, che reprime la condotta antisindacale.

Quest'ultimo strumento si distingue nettamente dalla tutela antidiscriminatoria, perché non volto alla protezione del singolo lavoratore ma, invece, posto a presidio dei diritti e degli interessi del sindacato. Se un medesimo atto del datore di lavoro può essere al contempo condotta antisindacale ed atto discriminatorio, tuttavia, i due profili hanno destinatari ed iter di tutela ben distinti.

La protezione giurisdizionale dalla discriminazione sindacale può avvenire attraverso il rito speciale previsto dall'art. 28, non dello Statuto dei lavoratori, ma del d.lgs.

150/2011, il cui aspetto più interessante è la facilitazione in materia di onere della prova in favore del lavoratore che lamenti di aver subito la discriminazione.

Se secondo le regole generali, il lavoratore sarebbe gravato della prova del trattamento pregiudizievole subito, nonché del nesso di causalità tra esso e la propria appartenenza sindacale, il legislatore ha stabilito che sia invece sufficiente dimostrare di aver subito un trattamento meno favorevole rispetto ad un altro lavoratore astrattamente comparabile a far ricadere sul datore l'onere di provare che il trattamento differenziato non è derivato da discriminazione ma da altre cause legittime. Proprio tale prova non è stata raggiunta dal datore nel caso sopra ricordato del Tribunale di Firenze. Il lavoratore è così sollevato dal dover provare in modo rigoroso il legame causale tra il trattamento pregiudizievole subito ed il fattore di discriminazione lamentato, condizione che si rivela spesso fondamentale per ottenere tutela.

Inoltre, la prova delle condotte discriminatorie, ai sensi del citato art. 28, può essere data dal lavoratore anche attraverso dati statistici che ne facciano presumere l'esistenza, come avvenuto nel caso risolto dalla Corte d'Appello di Roma il 9.10.2012, con la ben nota sentenza resa tra la Fiom CGIL e Fabbrica Italia Pomigliano (nell'ambito del c.d. "caso FIAT").

La vicenda riguardava il subentro di Fabbrica Italia nella gestione dello stabilimento di Pomigliano, per la quale era stata riassunta parte del personale ivi già impiegato, ma nessun iscritto Fiom. La prova della discriminatorietà di tale selezione, accertata dalla Corte, è stata fornita principalmente attraverso dati numerici con il supporto di una relazione statistica dalla quale era risultato che, applicando criteri casuali, la possibilità che nessun iscritto Fiom fosse tra gli assunti erano pari a circa una su dieci milioni.

Nonostante le predette facilitazioni, alcuni aspetti devono ancora essere chiariti dalla giurisprudenza. Come detto, la discriminazione è più spesso evocata in fattispecie di licenziamento, posta la sostanziale differenza di tutela che ne deriva. In tali casi, solitamente, le Corti verificano preliminarmente l'inesistenza delle ragioni formali poste dal datore a base del recesso (ad esempio, la soppressione del posto di lavoro o un illecito disciplinare del dipendente) e da essa traggono argomenti a sostegno della discriminazione. La discriminazione, in altre parole, è accertata proprio valorizzando la pretestuosità o la mancata prova del motivo formale di recesso. Il ragionamento non è del tutto corretto:

la più attenta giurisprudenza ricorda che la discriminazione può convivere con altri motivi di recesso in ipotesi leciti, ma che anche in tali casi il licenziamento deve essere colpito da nullità, poiché, quali che siano le motivazioni che spingono il datore di lavoro ad agire, la legge sanziona con nullità tutti i trattamenti meno favorevoli derivanti dai fattori di discriminazione vietati (Cass. 6575/2016).

Un'ultima osservazione. La tutela antidiscriminatoria per ragioni sindacali sembra ancor più resistente rispetto a quella offerta per altri fattori di discriminazione. Si pensi alla sentenza della Corte di Giustizia C-157/2015, commentata nel n. 3/2017 di questo Bollettino, che ha ritenuto non discriminatorio il licenziamento di una lavoratrice per aver questa indossato il velo islamico sul posto di lavoro contravvenendo al divieto posto dal datore. La Corte, nonostante l'esistenza di un trattamento (indirettamente) meno favorevole per ragioni religiose, ha escluso il carattere discriminatorio del recesso ritenendo che esso derivasse da una finalità legittima (la politica di neutralità religiosa aziendale), perseguita con mezzi appropriati e necessari (ai sensi dell'art. 2 comma 2 Direttiva 2000/78). O si pensi ancora alla ulteriore ipotesi di deroga (ammessa dall'art. 4 della Direttiva citata ed attuata dal legislatore italiano nell'art. 3 c. 3 d.lgs. 216/2003) che esclude la discriminatorietà di trattamenti meno favorevoli laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, una certa caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato.

Quest'ultima deroga è stata invocata, peraltro, da Fabbrica Italia davanti alla Corte d'Appello di Roma nella vicenda sopra ricordata, con l'argomento che gli iscritti Fiom non possedevano un requisito essenziale per entrare a far parte della nuova realtà aziendale e cioè la condivisione dei valori sui quali essa si era fondata, tradotti nell'accordo che Fiom non aveva firmato.

L'ultimo esempio è illuminante per chiarire come sia difficile, se non impossibile, immaginare che un trattamento meno favorevole per ragioni sindacali possa essere giustificato da finalità legittime: e ciò in quanto, come detto in apertura, la contrapposizione tra datore e lavoratori è connaturata alle relazioni industriali e, pertanto, una condotta datoriale volta ad impedire detto conflitto sarebbe in ogni caso discriminatoria. ■